

Verkündet
am 30. Januar 1964
Woitschek, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

15

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Herbert S c h [REDACTED], H [REDACTED]-W [REDACTED], W [REDACTED]
M [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers,
Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

g e g e n

die Firma Georg B [REDACTED] & Co., H [REDACTED]-W [REDACTED], F [REDACTED]
E [REDACTED]damm [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. Januar 1964 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundes-
richter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Ober-
landesgerichts in Hamburg vom 21. Februar 1962 im
Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte
zur Zahlung von mehr als 1.416.75 DM nebst 4 % Zinsen
seit dem 1. Juni 1959 verurteilt worden ist.

Auf die Berufung des Beklagten gegen das
Urteil des Landgerichts in Hamburg, Zivilkammer 21, vom
27. April 1961 wird die Klage in Höhe von 1.960.-- DM
nebst Zinsen abgewiesen. Wegen eines Anspruchs in
Höhe von 600.-- DM wird die Sache zur neuen Verhandlung
und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision hat der Beklagte 2/3 zu
tragen. Über das letzte Drittel wird das Berufungsgericht
zu entscheiden haben.

Von Rechts wegen.

Tatbestand:

Der Beklagte war von Ende Februar 1956 bis 21. Oktober 1958 als Angestellter bei der Klägerin tätig. Nach §§ 1,2 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags vom 1. März 1956 war er mit der Vermittlung von Schleppern, stationären Motoren und allen "in Frage kommenden Landmaschinen, Erntemaschinen und Geräten" betraut. § 6 des Vertrags lautet:

"Für seine Tätigkeit erhält der Verkäufer, der als Angestellter der Firma gilt, die folgenden Vergütungen:

1. Monatsfestgehalt DM 350.-- brutto
2. Die Firma vergütet dem Verkäufer einen Tagessatz von 15.-- DM
3. Bei Verkäufen ohne Einschaltung irgendeines Händlers 4% Provision....."

Auf Grund einer Schlußabrechnung vom 20. Mai 1959 und unter Verrechnung mit einigen kleineren Posten forderte die Klägerin von dem Beklagten einen von diesem nicht bestrittenen Betrag von 1.816,75 DM, ferner Rückzahlung eines am 27. August 1957 unstreitig erhaltenen Vorschusses von 200 DM sowie zuviel bezahlter "Tagegelder" in Höhe von 1960 DM. Zu letzterem Posten hat die Klägerin vorgetragen, der Beklagte habe nur 10 DM Tagegeld zu beanspruchen gehabt. Die im Vertrag angegebene Summe von 15 DM sei nur in Höhe von 10 DM echtes Tagegeld gewesen; weitere 5 DM täglich sollten lediglich Provisionsvorschüsse sein, die nur aus steuerlichen Gründen im Interessen des Beklagten auch als Tagegeld bezeichnet worden seien. Die Umrechnung auf die Provision sei seit dem 1. November 1956 versehentlich unterblieben.

Die Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrag den Beklagten zur Zahlung von 3.976,75 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Er hat dazu vorgetragen: Den Vorschuß von 200 DM habe er, wie sich aus einer Quittung des Buchhalters der Klägerin ergebe, mit einem weiteren am 1. Oktober 1957 erhaltenen Vorschuß von 300 DM zurückbezahlt. Nach dem Vertrag stehe ihm ein Tagegeld von 15 DM zu; die Behauptung der Klägerin, hiervon hätten 5 DM Provisionsvorschuß sein sollen, sei nicht richtig.

Der Beklagte hat außerdem mit folgenden Gegenforderungen aufgerechnet: 1055 DM restliche Tagegelder für weitere 211 Reisetage in der Zeit vom 1. November 1956, für die er statt 15 DM nur 10 DM erhalten habe; 7.200 DM restliche Provision aus dem Gesamtumsatz von vermittelten Berechnungsanlagen; 600 DM Provision für die Vermittlung einer Berechnungsanlage an den Wasser- und Bodenverband Schwinge und 357,50 DM Provision für den Verkauf eines Schleppers an Dr. V. in H.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 3.176,75 DM (1.816,75 + 1960 abz. 600 DM) nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Der Beklagte hat noch mit Widerklage beantragt, die Klägerin zur Zahlung von 3.500 DM (Teilbetrag des Provisionsanspruchs von 7.200 DM) zu verurteilen. Das Berufungsgericht hat (abgesehen von der Abweisung eines geringfügigen Mehranspruchs von Zinsen) der Klage



in vollem Umfang stattgegeben und die Berufung des Beklagten zurück-, sowie dessen Widerklage abgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage und Verurteilung der Klägerin nach der Widerklage weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten ist nur zum Teil begründet.

I.

1. Der Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung eines Vorschusses von 200 DM.

Der Beklagte bestreitet nicht, am 27. Oktober 1957 einen Vorschuß von 200 DM erhalten zu haben. Für seine Behauptung, er habe diesen Vorschuß zurückbezahlt, ist er beweispflichtig. Das Berufungsgericht hat die von dem Beklagten vorgelegte Quittung der Klägerin vom 31. März 1958 nicht als hinreichenden Beweis angesehen, da sie sich auf der Rückseite der von dem Beklagten erteilten Quittung über einen weiteren am 1. Oktober 1957 erhaltenen Vorschuß befinde, und sich aus der Rückzahlungsquittung über 200 DM nicht ergebe, für welchen Vorschuß die Rückzahlung erfolgt sei. Da die Quittung der Klägerin sich infolgedessen auch auf den umseitig quittierten Vorschuß von 300 DM bezogen haben könne, sei zumindest nicht erwiesen, daß der Beklagte den Vorschuß vom 27. August 1957 zurückbezahlt hat.

Diese Beweiswürdigung des Berufungsgerichts läßt keinen Fehler erkennen; sie ist daher für das Revisions-

gericht bindend. Der Umstand, daß die Klägerin derartige Vorschüsse und deren Rückzahlung nicht verbucht, sondern die Quittungen jeweils an Stelle von Bargeld in die Kasse gelegt und nach erfolgter Rückzahlung eingerissen und zurückgegeben hat, zwingt noch nicht zu der Annahme, daß etwaige hieraus entstehende Unklarheiten zu Lasten der Klägerin gehen müßten. Da der Anspruch von der Klägerin in ihre Schlussrechnung aufgenommen worden ist, kann er auch noch nicht als verwirkt angesehen werden.

2. Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung von 1.960 DM zuv
und des Beklagten auf Nachzahlung von 1.055 DM zuwenig
zahlter Tagegelder.

In dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag vom 1. März 1956 ist ein Tagegeld von 15 DM vorgesehen gewesen. Für ihre Behauptung, hiervon seien jeweils 5 DM als Provisionsvorschuss anzusehen und dieser Teil sei nur aus steuerlichen Gründen als Tagegeld bezeichnet worden, ist die Klägerin beweispflichtig.

Das Berufungsgericht sieht die Behauptung der Klägerin als erwiesen an, da sich der Beklagte in seinen Schreiben an die Klägerin vom 4. Juli 1956 und vom 1. November 1956 zu ihrer Richtigkeit selbst bekannt habe.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. In dem erstgenannten Schreiben bittet der Beklagte, ihm wegen seiner schlechten finanziellen Lage monatlich 125 DM Provision "ohne Anrechnung des vorgeschriebenen Abzugs" auszusahlen. Mit dem Schreiben vom 1. November 1956 bittet er dann, der Einfachheit halber "den Tagegeldern 5 LM zuzuschlagen und monatlich zu verrechnen."

Wenn das Berufungsgericht auf Grund dieser Schreiben feststellt, daß in der Tat 5 DM der vereinbarten 15 DM Tagesspesen ein zu verrechnender Provisionsvorschuß sein sollten, so ist eine solche Beweiswürdigung rechtlich unbedenklich.

Der in Aufrechnung gestellte Anspruch des Beklagten auf Nachzahlung zuwenig empfangener Tagegelder in Höhe von 1.055 DM ist daher unbegründet.

Unbegründet ist aber auch der Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der Provisionsvorschüsse in Höhe von 1.960.- DM, weil er, worauf der Beklagte in seiner Revisionsbegründung zutreffend hinweist, als verwirkt angesehen werden muß.

Nach den in der Rechtsprechung, insbesondere für Arbeitsverhältnisse entwickelten Grundsätzen (vgl. hierzu BAG 6,165 = NJW 1958, 1988) verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn durch ein Verhalten des Gläubigers bei dem Schuldner die Annahme hervorgerufen wird, er werde sein Gläubigerrecht nicht mehr geltendmachen, und der Schuldner sich dementsprechend einrichtet.

Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Die Klägerin hat dem Beklagten die Provisionsvorschüsse etwa zwei Jahre lang regelmäßig ausbezahlt, ohne sie jemals mit der von diesem verdienten Provision zu verrechnen. Nicht einmal in ihrer etwa 7 Monate nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erteilten Schlußabrechnung hat sie die Rückzahlungsforderung geltendgemacht. Der Beklagte durfte unter diesen Umständen damit rechnen, daß

die Klägerin auch in Zukunft diesen Anspruch nicht mehr geltend macht. Die gezahlten Beträge hat er längst verbraucht. Wenn die Klägerin nun trotzdem im Verlaufe des Rechtsstreits erstmalig in ihrem Schriftsatz vom 9. September 1959, also fast ein Jahr nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, mit ihrem Anspruch hervortritt, so verstößt das gegen Treu und Glauben. Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, daß, wenn die Klägerin die gezahlten Vorschüsse, wie vorgesehen, regelmäßig mit den Provisionsforderungen des Beklagten verrechnet hätte, dies für ihn erträglich gewesen wäre; daß es für ihn aber eine wesentlich schwere und nicht mehr zumutbare Belastung bedeutet, wenn er zu einem Zeitpunkt, in welchem er mit einer Rückzahlungsforderung der Beklagten nicht mehr zu rechnen brauchte, mit einem zu einem Betrag von fast 2000 DM aufgelaufenen und auf einmal zu zahlenden Anspruch der Beklagten überzogen wird.

Infolgedessen ist die Klage insoweit unter Aufhebung des Berufungsurteils und Abänderung des landgerichtlichen Urteils abzuweisen.

3. Provisionsanspruch des Beklagten in Höhe von 600 DM
(Berechnungsanlage für den Wasser- und Bodenverband Schwinge)

Das Berufungsgericht läßt offen, ob der Kaufvertrag auf Grund der Bemühungen des Beklagten zustande gekommen ist, denn jedenfalls fehle es an den Voraussetzungen eines Provisionsanspruchs des Beklagten nach §§ 65, 87 Abs. 3 HGB, weil das Geschäft nicht "innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertrags-

verhältnisses" zustande gekommen sei.

a) Der Beklagte hatte hierzu vorgetragen, es sei schon am 19. März 1957 ein "Vorvertrag" zwischen dem Käufer und der Klägerin zustande gekommen, und hat sich zum Beweis hierfür auf die von der Klägerin vorzulegenden Kaufakten berufen (Schriftsatz vom 26. Januar 1962 S. 6). Er rügt die Übergehung dieses Beweisantrags.

Diese Rüge ist nicht begründet. Maßgebend für das Entstehen eines Provisionsanspruchs ist ausschließlich der Zeitpunkt des endgültigen Vertragsabschlusses. Dieser ist aber erst durch das Bestellschreiben des Landkreises Stade vom 24. Juni 1959 und das Bestätigungsschreiben der Lieferfirma vom 8. Juli 1959 erfolgt.

Auf den Abschluß eines Vorvertrags würde es nur dann ankommen, wenn dieser bereits mit bindender Wirkung erfolgt wäre. Das hat aber der Beklagte selbst nicht behauptet. Er hat in der mündlichen Revisionsverhandlung sogar das Gegenteil vorgetragen. Hiernach liegt ein echter Vorvertrag überhaupt nicht vor.

b) Der Beklagte rügt weiter, das Berufungsgericht habe zu Unrecht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 87 Abs. 3 HGB verneint. Es gehe dabei ohne Begründung von dem unrichtigen Erfahrungssatz aus, daß bei Berechnungsanlagen die Vertragsverhandlungen sofort mit einem Abschluß enden. Es habe sich hier um ein Objekt von mehr als 46.000 DM gehandelt. Der Besteller sei ein öffentlich-rechtlicher Verband gewesen, bei dem es erfahrungsgemäß schwierig sei, die Zustimmung aller Beteiligten in kürze zu erreichen; zudem sei noch die Zustimmung der

Aufsichtsbehörde, die die Bestellung schließlich auch vorgenommen habe, erforderlich gewesen. Unter diesen Umständen könne der Anspruch des Vermittlers auch dann noch nicht verneint werden, wenn zwischen der Beendigung des Vertragsverhältnisses und dem Geschäftsabschluß eine längere Zeitspanne liege.

Diese Rüge ist begründet. Der von dem Berufungsgericht aufgestellte und von dem Beklagten beanstandete Erfahrungssatz ist zumindest in dieser Allgemeinheit nicht richtig und kann jedenfalls für eine größere Bestellung eines öffentlichrechtlichen Zweckverbandes, wie sie hier vorliegt, nicht gelten, da die Beschlußfassung eines solchen Verbandes und ihre Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde in Fällen dieser Art erfahrungsgemäß erheblich mehr Zeit in Anspruch nimmt als die Entschließung einer Einzelperson. Hinzu kommt, daß das Berufungsgericht außerdem bei der Prüfung der Frage, ob das Geschäft noch innerhalb einer angemessenen Frist abgeschlossen worden ist, entgegen der Vorschrift des § 87 Abs. 3 HGB nicht auf die Frist zwischen der Beendigung des Vertragsverhältnisses und dem Abschluß des Geschäfts (etwa 8 Monate), sondern nur auf die Frist zwischen den angeblichen Vorverhandlungen des Beklagten mit dem Besteller und dem Vertragsabschluß (über 2 Jahre) abstellt.

Das Urteil kann insoweit deshalb mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Der Senat ist allerdings nicht in der Lage, schon selbst eine abschließende Entscheidung zu

15

treffen, zumal es auch noch an einer Feststellung fehlt, ob die Tätigkeit der Beklagten für den Abschluß des Geschäfts überhaupt ursächlich gewesen ist.

4. Provisionsanspruch des Beklagten aus dem Gesamtumsatz von Berechnungsanlagen in Höhe von 7.200 DM (Widerklage 3.500 DM).

Der Beklagte hat in der ersten Instanz bei seiner Vernehmung durch den Einzelrichter am 25. November 1960 selbst zugegeben, daß die Abrechnung der Klägerin über die Provision vollständig und richtig sei, und nur beanstandet, daß er bloß 20 % und nicht 25 % der Firmenprovision der Klägerin erhalten habe.

Das Berufungsgericht hat hierzu festgestellt, daß die Parteien wegen der Berechnungsanlage mündlich eine von § 6 Ziffer 3 des Vertrages abweichende Provisionsvereinbarung getroffen und eine Provision von 20 % der Firmenprovision vereinbart hätten.

Der Beklagte behauptet, diese Vereinbarung sei nur eine vorläufige Vereinbarung gewesen, denn er habe eine Provision von 25 % verlangt. Da hierüber eine Einigung nicht zustande gekommen sei, könne er die übliche Provision verlangen; diese sei aber nach dem Vertrag 25 %. Er rügt, daß das Berufungsgericht das nicht berücksichtigt habe.

Diese Rüge ist nicht begründet. Sie scheitert schon an der Feststellung des Berufungsgerichts, daß endgültig eine Provision von nur 20 % vereinbart worden sei.

Auf die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, daß, auch wenn es sich nur um eine vorläufige Vereinbarung gehandelt haben sollte, der Beklagte nicht mehr als 20 % verlangen könne, und auf die in diesem Zusammenhang erhobenen Revisionsrügen kommt es daher nicht an.

5. Provisionsanspruch des Beklagten für Schlepper
Dr. V. [REDACTED], 357,50 DM.

es

Das Berufungsgericht läßt/öffnen, ob und inwieweit der Verkauf des Schleppers auf die Tätigkeit des Beklagten zurückzuführen war. Es ist der Auffassung, daß nach dem Vertrag vom 1. März 1956 dem Beklagten aus dem Verkauf von Schleppern nur dann eine Provision zustehen, wenn diese in den ihm zugewiesenen Bezirk abgesetzt worden seien, da H. [REDACTED] nicht im Bezirk des Beklagten gelegen habe, könne er keine Provision beanspruchen.

Diese Auslegung des Vertrags vom 1. März 1956 läßt keinen Rechtsfehler erkennen und ist deshalb für das Revisionsgericht bindend.

Der Beklagte weist in seiner Revisionsbegründung zwar darauf hin, daß nach dem auf ihn anzuwendenden § 65 HGB die Bestimmung des § 87 Abs. 2 HGB, die dem Vertreter in seinem Bezirk Kundenschutz gewährt, für ihn nicht gelte. Daraus ergebe sich "logischerweise", daß er dann aber auch für außerhalb seines Bezirks getätigte Geschäfte Provision verlangen könne.

Dieser Umkehrsschluss ist unrichtig. Er widerspricht, wie das Berufungsgericht darlegt, auch dem Anstellungsvertrag vom 1. März 1956. In der Tat sollte der Beklagte nach § 4 des Vertrages "ausschließlich in seinem Verkaufsgebiet Vermittler zwischen Kundschaft und Firmen" sein.

II.

15

Das angefochtene Urteil ist deshalb im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als der Beklagte zur Zahlung von 1.960.- + 600.- = 2.560.- DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. In Höhe von 1.960.- DM ist die Klage abzuweisen (I 2). Wegen des zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruchs des Beklagten in Höhe von 600 DM ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen (I 3).

Soweit der Beklagte zur Zahlung von 1.416.75 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Juli 1959 verurteilt und seine Widerklage über 3.500 DM abgewiesen worden ist, ist seine Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Da die Klägerin bei einem Gesamtstreitwert von 7.476.75 DM in Höhe von 4.916.75 DM schon endgültig obgesiegt hat, können dem Beklagten jetzt schon 2/3 der Kosten seines Rechtsmittels auferlegt werden (§§ 97, 92 ZPO). Über das restliche Drittel wird das Berufungsgericht zu befinden haben.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Dr. Vogt

Dr. Finke